

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

**A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:
UM ESTUDO ATRAVÉS DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL**

CURITIBA-PR
2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

**A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:
UM ESTUDO ATRAVÉS DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL**

Monografia apresentada pela aluna
Amanda Pauline Dala Barba, como
requisito parcial à obtenção do
Bacharelado em Direito da Universidade
Federal do Paraná.

**Orientadora: Professora Vera Karam
de Chueiri.**

CURITIBA-PR
2005

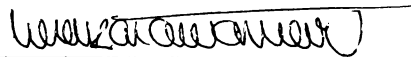
TERMO DE APROVAÇÃO

AMANDA PAULINE DALA BARBA

A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UM ESTUDO ATRAVÉS DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:



Profª. Vera Karam de Chueiri



Profª. Alvacyr Nicz



Profª. Ana Leticia Baraúna Duarte Medeiros

Curitiba, 26 de outubro de 2005.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1. OS PRINCÍPIOS E SUA FORÇA NORMATIVA.....	8
1.1. Normas Jurídicas.....	8
1.2. Crítica ao Positivismo de Hart.....	11
1.3. Regras, Princípios e Políticas.....	14
1.4. A Força Normativa dos Princípios.....	20
2. OS PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998.....	23
2.1. Introdução.....	23
2.2. Princípios, Objetivos e Fundamentos da Constituição Federal.....	26
2.3. Os Princípios Constitucionais Brasileiros.....	30
3. APLICAÇÃO PRÁTICA.....	36
3.1. Introdução.....	36
3.2. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54.....	41
3.3. Aplicação Prática ao Caso-Paradigma.....	46
CONCLUSÃO.....	52
BIBLIOGRAFIA.....	56

INTRODUÇÃO

O direito é fenômeno histórico-cultural, regulador da sociedade. As normas de direito permitem a convivência harmoniosa e civilizada dos homens na sociedade, coordenando interesses, resolvendo problemas e determinando soluções. Entretanto, o direito, devido à sua incapacidade inerente de se antecipar aos fatos, não consegue solucionar todos os casos que surgem com base em suas leis. Ou seja, as leis não guardam em si a resposta para todos os problemas que surgem no seio da sociedade.

Mesmo diante da explosão normativa que se tem observado nos últimos tempos, o direito continua sempre incapaz de prever todas as possibilidades e resolver todas as situações. É nesse momento que entram em jogo os chamados princípios de direito, que são normas jurídicas gerais e abstratas, que orientam a formação e a interpretação das demais regras jurídicas existentes.

A Carta Magna de 1988 trouxe à tona os chamados **princípios fundamentais**, ao discipliná-los no Título I (mas também referidos em todo o corpo da Constituição), dando-lhes destaque e notoriedade entre as normas jurídicas. Em outras palavras, os princípios fundamentais, tais como as leis e demais regras de direito, também são normas jurídicas, e, ao terem recebido guarida na Constituição Federal, são normais constitucionais, que também se prestam à interpretação e solução de casos concretos.

Partindo-se desta concepção, os princípios fundamentais, dotados de força normativa, traduzindo idéias gerais de conduta, servem para a interpretação e solução de casos difíceis, principalmente daqueles para os quais não há ainda uma regra jurídica regulamentadora.

Muitas vezes os operadores do Direito se deparam com casos concretos difíceis de resolver com base apenas nas regras existentes no ordenamento jurídico. Ou elas são insuficientes, pois não são capazes de prever todas as hipóteses fáticas, ou elas não dizem respeito diretamente ao caso em questão, situação em que, mesmo podendo-se lançar mão da analogia, a solução encontrada não é a adequada para o caso concreto.

Outras vezes há em que as regras jurídicas não refletem mais os anseios e os avanços da sociedade em que se vive, ocorrendo visível atraso e desgaste das mesmas, que deixam de ser aplicadas ou são aplicadas de forma incongruente ao estilo de vida atual da sociedade, gerando indignação e incredulidade da população em relação à Justiça. Tomemos como exemplo o Código Penal Brasileiro – Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 –, extremamente antigo, atrasado, com regras defasadas e algumas que já nem fazem mais sentido na sociedade de hoje.

Algumas vezes, no entanto, podem surgir conflitos entre os princípios e as regras jurídicas na hora de resolver um caso concreto, e a questão que se põe é: qual deve prevalecer? Questiona-se até que ponto vai a força normativa dos princípios, e se, em oposição com as regras jurídicas, eles prevalecem.

Por mais que se possa argumentar por sua abstratidade, a idéia que se vêm afirmando cada vez mais é que os princípios, por sua força normativa, têm aplicação prática, e, quando confrontados por regras jurídicas contrárias, podem, sim, prevalecer. Nesse cenário, surge, em 1999, a Lei nº. 9. 882 – Lei de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹. É uma ação de controle da constitucionalidade das leis, que parte da alegação de contradição de uma regra

¹ Uma parte doutrina ainda discute a natureza jurídico-processual da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, defendendo que não é ação de controle de constitucionalidade. Entretanto, se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi criada para defender a prevalência e a constitucionalidade de preceitos e princípios contidos na Constituição, como é possível não considerá-la uma ação de controle de constitucionalidade? É exatamente por proteger e defender tais preceitos constitucionais que podemos afirmar que a natureza jurídico-processual da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação de controle de constitucionalidade das leis.

jurídica a um princípio ou preceito fundamental, consagrado na Constituição Federal de 1998.

Este trabalho destina-se a mostrar se é possível e de que forma pode-se aplicar o seguinte raciocínio: os princípios contidos na Carta Magna possuem força normativa para regular casos difíceis, até mesmo em contradição a regras ordinárias que, de uma forma ou de outra, ferem tais princípios ou impedem que os cidadãos alcancem seu máximo potencial através deles.

Em primeiro lugar, é necessário fazer uma explanação mais didática acerca do que são princípios, regras, normas, políticas e quais as diferenças entre eles. Nesse sentido, o entendimento adotado será o do Professor norte-americano Ronald Dworkin, que com sua teoria principiológica deu nova razão à discussão da resolução dos “*hard cases*” nos Estados Unidos.

Em segundo lugar, trataremos dos princípios constitucionais brasileiros, e de que forma eles têm sido compreendidos e aplicados no nosso País. Ainda nesse aspecto, demonstraremos como o raciocínio do Professor Ronald Dworkin² pode ser aplicado no nosso sistema de direito, sem prejuízo às regras do nosso ordenamento.

Por último, mostraremos a aplicação dos princípios constitucionais brasileiros na resolução de um caso difícil – permissão do aborto de fetos anencéfalos –, que tem sido discutido no Supremo Tribunal Federal por ocasião da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS). Os argüentes alegam que os artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal estão em evidente contradição com vários princípios fundamentais consagrados na Constituição, confrontando diretamente os artigos 1º, inciso IV (princípio da dignidade da pessoa humana), 5º, inciso II

² Não obstante o Professor Ronald Dworkin seja um autor do sistema jurídico anglo-americano, pode e deve, como pretendemos demonstrar neste trabalho, servir à resolução dos nossos próprios “*hard cases*”, uma vez que sua teoria trata de aplicação de princípios (e não de regras jurídicas positivadas), que existem em praticamente todo ordenamento jurídico de quase todos os países.

legalidade, liberdade e autonomia da vontade), 6º, *caput* e 196 (direito à saúde) da Constituição Federal. Alegam pela inconstitucionalidade dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, defendendo a constitucionalidade dos princípios fundamentais – o que prova sua força normativa frente às demais regras jurídicas do ordenamento brasileiro.

Este é um caso muito polêmico, porém o usaremos, para fins práticos, como exemplo da possibilidade de aplicação da teoria ora apresentada, independentemente do resultado final da demanda em questão.

1. OS PRINCÍPIOS E SUA FORÇA NORMATIVA

1.1. Normas Jurídicas

Como as normas jurídicas não existem isoladas, mas sim em um contexto de normas com relações particulares entre si, não podemos abrir este estudo sem antes tratar, ainda que brevemente, do ordenamento jurídico. A teoria do ordenamento consiste em uma integração da teoria da norma jurídica.

O ordenamento jurídico é esse contexto de normas, um complexo de regras e princípios que regulam a vida de uma determinada sociedade. Essa sociedade possui o que chamamos de direito positivado, ou seja, traduzido em normas escritas que, geralmente, buscam alcançar todos os aspectos da convivência social.

Sendo constituído de uma pluralidade de normas, é inconcebível que o ordenamento jurídico regule todas as ações humanas possíveis com uma única modalidade de norma³. Dessa forma, temos as chamadas *normas de conduta* – que regulamentam as ações humanas e o convívio social – e as chamadas *normas de estrutura ou de competência* – as quais, por sua vez, prescrevem as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas⁴. Por fim, ao lado destas, temos os *princípios*, que são orientações gerais do sistema, que determinam a formação e a coesão das demais normas (melhor chamá-las, nesse ponto, de regras jurídicas⁵) dentro do próprio ordenamento jurídico.

³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. pág. 32.

⁴ *Idem. Ibidem.* pág. 33

⁵ A diferença entre normas, regras e princípios será explicada mais detalhadamente no próximo tópico.

É óbvio que, para que esse conjunto todo tenha algum sentido, é preciso que todas essas normas constituam uma unidade⁶, ou seja, que não destoem uma das outras no complexo normativo. Nesse sentido, há de se comentar a existência de uma certa hierarquia entre essas mesmas normas, a qual reforça a própria noção de unidade do sistema.

Além de haver unidade e hierarquia entre as normas, para que o ordenamento jurídico possa ser considerado um sistema, é preciso que não haja antinomias entre as normas, isto é, as normas não podem ser contrárias entre si, pois uma norma contrária, geralmente⁷, anula a outra, ou ambas se anulam.

Por fim, o ordenamento jurídico há de ser completo – a existência de lacunas do Direito deve ser evitada e, na medida do possível, remediada, para manter a coesão do ordenamento.

Enfim, com base nisso, podemos afirmar que o ordenamento jurídico não só regula a conduta das pessoas, como também a maneira pela qual são produzidas as regras, e a orientação geral a que devem seguir as regras geradas. A presença de normas para a produção de outras normas é que, basicamente, constituem a complexidade do sistema jurídico.

Nesse sentido, a hierarquia das normas estabelece que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Subindo das normas inferiores, ordinárias, até aquelas que se encontram em degraus acima, no topo chegamos a uma norma suprema, que não descende de nenhuma outra norma superior. Nessa norma suprema é que encontramos a unidade do sistema, ou seja, a norma fundamental é que dá coesão e sentido a todo o ordenamento jurídico. A norma fundamental, tal como entendida pelo elaborador da teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico,

⁶ *Idem. Ibidem.* pág. 34.

⁷ Dizemos “geralmente” porque aqui nos referimos às antinomias existentes entre duas regras jurídicas, não tratando da relação entre regra e princípio, que será abordada mais tarde em nosso trabalho.

Hans Kelsen⁸, não é expressa, mas pressuposta para fundar o sistema normativo. A norma fundamental, por ser a norma superior a todas as demais, pode ser formulada da seguinte forma, segundo Norberto Bobbio:

“O poder constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade (...)”⁹,

Entendendo-se o poder constituinte como poder último, ao qual é atribuída, por essa norma fundamental, a faculdade de produzir normas jurídicas que afetem toda a sociedade.

A importância de se falar de uma norma fundamental é porque é ela que estabelece a validade e a coesão de todas as normas do sistema. Isso porque a primeira condição para que uma norma seja considerada válida é que ela advenha de uma autoridade com poder legítimo de estabelecer normas jurídicas. Estabelecemos a pertinência de uma norma a um ordenamento remontando, de grau em grau, até a norma fundamental. Enfim, a norma fundamental é, ao mesmo tempo, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento jurídico.

A nosso ver, a norma fundamental do nosso sistema jurídico é a própria Constituição Federal. É nela que se encerram todas as normas superiores do ordenamento, todos os princípios que estruturam e dão sentido a todas as normas do ordenamento e todas as políticas que regulam o nascimento dessas normas e o funcionamento da máquina estatal.

Como a Constituição Federal é a Lei Maior, remonta-se de grau em grau, desde a norma inferior, como um decreto, até a norma superior, a própria Carta Magna. A Constituição Federal dá a interpretação e o sentido de todo o sistema, deve

⁸ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁹ Bobbio, Norberto. *Op cit.* pág. 59

servir a resolver os conflitos que possam vir a existir entre as normas inferiores, entre normas inferiores e superiores e entre normas e princípios.

Obviamente que tratar apenas de regras jurídicas deixaria o nosso sistema jurídico muito pobre, pois há mais do que normas positivadas no nosso sistema; há os princípios constitucionais e as políticas adotadas pelo ordenamento que fazem do mesmo um sistema complexo de normas. Nessa linha, quando falamos de normas, deve-se entender que elas referem-se tanto às regras jurídicas positivadas, quanto aos princípios e políticas do sistema. Por isso, é fundamental tecer uma breve crítica a essa noção positivista de norma jurídica antes de tratarmos propriamente dos princípios e de sua força normativa.

1.2. Crítica ao Positivismo de Hart

Quando se fala de normas jurídicas, a primeira coisa que nos vem à mente são as regras jurídicas positivadas, escritas e definidas em certos documentos legais que regulam a vida em sociedade. Porém, as normas jurídicas não podem ser reduzidas a esse conjunto de regras jurídicas. Aqui, cabe fazermos uma breve análise crítica do positivismo jurídico, em especial da teoria do Professor H. L. A. Hart, a partir dos ensinamentos do Professor Ronald Dworkin.

O positivismo jurídico possui alguns preceitos centrais, expostos por Ronald Dworkin, em sua obra “Levando os Direitos a Sérios”, da seguinte forma:

Em primeiro lugar, diz-se que o direito de uma comunidade é um complexo de regras utilizado pela mesma, direta ou indiretamente, com o intuito de determinar qual conduta será considerada proibida e punida pelo poder público. Essas

regras são identificadas através de critérios específicos, como “testes de *pedigree*”¹⁰, que distinguem as regras jurídicas válidas das regras jurídicas inválidas.

Em segundo lugar, diz-se que o conjunto dessas regras jurídicas refere-se ao “direito”, de modo que se algum caso em questão não estiver claramente abrigado por uma dessas regras, por qualquer razão que seja, então esse caso não pode ser decidido mediante a “aplicação do direito”.¹¹

Por fim, diz-se que alguém tem uma “obrigação jurídica” quando seu caso particular se encaixa em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou deixe de fazer alguma coisa. Ou seja, não existindo tal regra jurídica válida, não há também uma obrigação jurídica correlata.¹²

H. L. A. Hart tem uma visão do positivismo mais complexa. O Professor reconhece a existência de diferentes tipos lógicos de regras jurídicas: regras jurídicas “primárias” e regras jurídicas “secundárias”. As primárias são regras que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade, ao passo que as secundárias são regras que estipulam como e por quem as regras primárias podem ser formuladas, declaradas legais, modificadas ou abolidas do sistema¹³. As regras de direito penal, que prescrevem sanções para crimes como o de matar alguém, são consideradas por Hart como regras primárias. Já as regras que determinam a estrutura do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário são regras secundárias.¹⁴

Hart também ensina que as regras jurídicas são obrigatórias não porque um indivíduo dotado de força física – o soberano, por exemplo – quer assim, mas prega que existem dois modos diferentes de formação das regras em uma sociedade, e,

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pág. 28.

¹¹ *Idem. Ibidem.* pág. 28

¹² *Idem. Ibidem.* pág. 28

¹³ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1972. pág. 91.

¹⁴ *Idem. Ibidem.* pág. 31

de acordo com o modo de formação de tais regras, existem duas formas possíveis para a autoridade e validade de uma regra.

A primeira forma é a aceitação geral do grupo social, ou seja, uma regra torna-se obrigatória a partir do momento que esse grupo, através de suas práticas costumeiras, aceita a regra como um padrão normal e ideal de conduta. A aceitação significa que os que seguem a prática reconhecem a regra como obrigatória e criticam o comportamento daqueles que não a obedecem.¹⁵

A segunda forma é a promulgação de regras de acordo com uma regra secundária, isto é, a regra torna-se obrigatória ao ser promulgada de acordo com uma regra secundária que estipula que regras promulgadas de acordo com seus ditames serão consideradas obrigatórias. Assim, essas regras, formuladas por regras secundárias, são consideradas regras “válidas”.¹⁶

Logo, em poucas palavras, para Hart, uma regra pode ser obrigatória ou porque é aceita pelos membros da comunidade como tal, ou porque é validada por uma regra secundária que a promulga. Ainda, Hart denomina essa regra secundária de “regra de reconhecimento” (ou, então, a dita norma fundamental), pois é o fundamento de validade de todo o sistema abaixo dela; além disso, essa regra de reconhecimento não pode ela mesma ser validada, pois, hipoteticamente, ela é a instância última, e não pode, portanto, satisfazer os testes estipulados por uma regra ainda mais fundamental.

Por mais completa e satisfatória que a teoria positivista de H. L. A. Hart possa parecer, ela ainda se prende ao conceito de regra jurídica, escrita, positivada em um documento legal válido, prescrevendo ações e sanções para toda e qualquer conduta humana. Hart não menciona a existência de princípios e de políticas no ordenamento jurídico que são mais do que meras regras jurídicas.

¹⁵ *Idem. Ibidem.* pág. 32.

¹⁶ *Idem. Ibidem.* pág. 33.

A seguir, então, daremos enfoque à questão dos princípios, mais ainda da diferença existente entre regras, princípios e políticas.

1.3. Regras, Princípios e Políticas

Quando os operadores do Direito se deparam com um caso concreto, buscam logo a solução deste em um código ou consolidação que contenha uma regra abstrata que o preveja e prescreva uma solução e suas conseqüências para as pessoas envolvidas na questão.

Contudo, existem casos em que sua solução ou sua previsão não está expressa claramente nas regras positivadas postas à disposição do operador do Direito pelo ordenamento jurídico. É na solução desses chamados “casos difíceis” que o operador busca algo que vai além das meras regras jurídicas. Ele se baseia em doutrina, jurisprudência, analogia, costumes, mas, principalmente, nos princípios fundamentais que orientam a disciplina de casos semelhantes à questão posta à prova. Ele busca interpretar e solucionar o caso difícil se valendo dos princípios que regem o sistema jurídico como um todo, ou o próprio ramo do Direito ao qual a questão se refere.

Mas, então, o que seriam esses princípios fundamentais? O que os torna diferente das regras jurídicas e por que os operadores do Direito geralmente recorrem aos mesmos quando casos difíceis demandam soluções não apresentadas pelas regras simples? É a partir desses questionamentos que poderemos compreender a natureza dos princípios e como eles são extremamente necessários no ordenamento jurídico para orientar a interpretação e a formação de regras jurídicas, bem como a interpretação e a solução de casos concretos.

Em primeiro lugar, vale lembrar que tanto as regras jurídicas, como os princípios são normas jurídicas de um determinado sistema. As normas jurídicas, portanto, são um gênero, enquanto as regras jurídicas, os princípios e demais padrões normativos são suas espécies.

Para começar, pode-se dizer que “princípio”, de modo genérico, pode ser referido como todo um conjunto de padrões normativos que não são regras¹⁷. Já o termo “políticas” é um tipo de padrão normativo que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente em questões econômicas, políticas ou social da comunidade. O “princípio”, diferentemente, não se destina a promover ou assegurar uma situação econômica desejável, por exemplo, mas é ele uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Ronald Dworkin distingue entre um e outro dizendo que, por exemplo, nas palavras do próprio Dworkin,

“o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio”¹⁸.

Em relação à diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas, esta é uma distinção de natureza lógica, ou seja, a natureza das orientações que oferecem para a solução de determinadas questões é diversa.

As regras jurídicas são aplicadas de modo absoluto. De acordos com a sua prescrição e os fatos que regulam, ou uma regra é válida para o caso concreto e sua aplicação deve ser aceita, ou então ela não é válida, pois não a descrição do fato não preenche a descrição da regra, logo, esta não contribui para a decisão. Por exemplo, o art. 121 do Código Penal Brasileiro descreve o crime de homicídio como “matar alguém”. Se uma pessoa mata um animal qualquer, por exemplo, não podemos enquadrar sua situação na descrição do artigo citado, pois o artigo refere-se a matar “alguém”, uma pessoa. Logo, a regra não é aplicável para a situação em questão.

¹⁷ *Idem. Ibidem.* pág. 36.

¹⁸ *Idem. Ibidem.* pág. 36.

Os princípios jurídicos, ao contrário, não se apresentam de modo absoluto, pois um princípio não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação imediata. Um princípio enuncia uma razão que conduz o argumento em determinada direção, mas, mesmo assim, precisa de uma decisão particular. Se o princípio não se enquadra perfeitamente e seu enunciado não prevalece para solucionar o caso em análise, mesmo assim isso não o invalida, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário não estiverem presentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Um exemplo de que um princípio não é necessariamente absoluto é que, embora haja uma princípio que determine que nenhum homem pode se beneficiar dos próprios delitos, é comum que algumas pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos por elas praticados – o caso mais evidente aqui é o usucapião: segundo o art. 1239 do Código Civil Brasileiro de 2002,

“Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a 50 (cinquenta) hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

Outra distinção é que os princípios possuem uma dimensão que as regras jurídicas não têm: a dimensão do peso ou da importância¹⁹. Quando dois princípios se chocam, o operador do Direito que vai resolver o conflito precisa levar em consideração a força relativa de cada um. Exemplificando, quando em um caso concreto se cruzam o princípio da liberdade de contratar e o princípio da boa-fé contratual, o julgador deve pesar os dois para resolver a questão.

As regras jurídicas, pelo contrário, não possuem essa dimensão. Não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra enquanto parte de um mesmo sistema de regras, de tal forma que se duas regras estão em conflito, uma se sobrepõe a outra por ter uma importância maior. Assim, se duas regras entram em conflito, o

¹⁹ *Idem. Ibidem.* pág. 42.

problema não é o peso ou a importância delas, mas a questão passa a ser sobre a validade das mesmas: uma delas não pode ser válida de acordo com o sistema. É claro que esse conflito será resolvido pelo operador do Direito de várias formas, entre elas recorrendo a uma terceira regra que determinará qual deve prevalecer: a regra promulgada pela autoridade superior, a regra promulgada mais recentemente, a regra mais específica ou outra coisa semelhante. É claro que um sistema jurídico também pode dar preferência à regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.

O que muitas vezes nos confunde é que as regras ou os princípios podem desempenhar papéis muito semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma.

Existem, basicamente, duas formas para interpretarmos o papel dos princípios jurídicos no ordenamento. Podemos tratá-los da mesma forma que tratamos as regras jurídicas, determinando que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e demais operadores do Direito que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Ou então, podemos negar tal obrigatoriedade dos princípios, determinando que, em certos casos, o juiz vá além das regras as quais ele está obrigado a aplicar e lance mão de princípios extralegais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar.

A diferença aí está na questão da obrigação de obedecer a certos padrões ou regras. Na primeira alternativa apresentada, os princípios são obrigatórios para os juízes, de tal modo que estes incorrem em erro ao não aplica-los quando pertinente. Já na segunda alternativa, os princípios são tidos como

“resumos daquilo que os juízes, na sua maioria, ‘adotam como princípio’ de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados”²⁰.

²⁰ *Idem. Ibidem.* pág. 48.

Nessa segunda alternativa, poder-se-ia falar de um “poder discricionário” do juiz para decidir. Mas temos que ter muito cuidado ao usar a expressão “poder discricionário”. Podemos usá-la em três sentidos distintos. No primeiro, um sentido fraco, somente para dizer que, por alguma razão qualquer, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados automaticamente, pois exigem o uso da capacidade de julgar. Usamos este primeiro sentido quando o contexto por si só não é esclarecedor.

Em um segundo sentido, também fraco, usamos a expressão “poder discricionário” para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.

Por fim, há um terceiro sentido da expressão que é mais forte do que os dois primeiros. Nesse sentido, “poder discricionário” quer dizer que, em determinados assuntos, um funcionário público não está limitado pelos padrões estabelecidos para ele por uma autoridade. É claro que nesse sentido forte, não significa que o funcionário esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade.

Nesse ponto, a doutrina positivista do direito argumenta que um juiz não tem poder discricionário quando uma regra clara e estabelecida está disponível. Entendem que quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui poder discricionário, significando que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou seja: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes.

Assim, um positivista argumentaria que os princípios não podem ser obrigatórios ou vinculantes²¹ – o que é um erro. Além disso, poderia argumentar que, embora alguns princípios possam ser considerados obrigatórios, significando que o juiz deve levá-los em conta nas suas decisões, eles não podem prescrever um resultado

²¹ *Idem. Ibidem.* pág. 56.

particular. Ou seja, somente regras é que ditam resultados. Bem, sabemos que os princípios inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira às vezes não conclusiva, contudo, um conjunto de princípios pode ditar um resultado, sim. Finalmente, um positivista poderia argumentar que os princípios não podem valer como lei. Contudo, os princípios têm seu peso ao longo de toda a história legislativa e judiciária, influenciando drasticamente em algumas decisões.

E quando uma regra em vigor parece não solucionar mais adequadamente um caso concreto? Poderia o juiz se fazer valer dos princípios? Quando, um juiz teria a permissão para mudar, ou não adotar, em detrimento de uma outra norma ou padrão jurídico qualquer, a regra de direito em vigor? Os princípios aparecem aqui como solução de duas maneiras.

Na primeira alternativa, é necessário que o juiz considere que tal mudança favorecerá algum princípio particular: assim, o princípio justifica a alteração. É claro que este não pode ser um princípio qualquer, porque senão todas as regras estariam sujeitas a serem modificadas por um princípio melhor. É essencial que existam alguns princípios com importância maior do que outros. Esses princípios mais importantes seriam os princípios considerados fundamentais em um ordenamento jurídico, como, por exemplo, o princípio da dignidade humana – art. 1º, inciso III da Constituição Federal Brasileira. Na segunda alternativa, um juiz que pretende modificar a regra existente deve levar em conta alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da regra específica: esses padrões são, geralmente, princípios.

O problema é que a tendência natural da maior parte dos juristas é de associar leis e regras e pensar o direito como um sistema só de regras. A principal razão para essa linha de pensamento encontra-se no fato de que a educação jurídica em geral consiste, há muito tempo, em ensinar e examinar as regras jurídicas positivadas que formam a maior parte do direito.

De qualquer forma, se um jurista pensar o direito como um sistema de regras jurídicas e, mesmo assim, reconhecer, como deve-se fazer, que os juízes abandonam regras antigas e adotam novas, ele chegará naturalmente a entender a teoria do poder discricionário no sentido mais forte do termo, o que favorece a existência e a validade dos princípios em um dado ordenamento jurídico

Uma vez que tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por um conjunto de princípios. A partir de então, podemos visualizar mais claramente a força normativa dos princípios.

1.4. A Força Normativa dos Princípios

Com o natural entendimento dos argumentos explicitados acima, é fácil compreender porque podemos afirmar que os princípios jurídicos têm, sim, força normativa.

Sendo o princípio uma norma jurídica, ainda que geral e mais abstrata do que a regra jurídica positivada, ele tem capacidade de se fazer valer como solução ou para a interpretação de casos concretos. Quando se trata de um caso de maior complexidade, é ainda mais visível sua força normativa, principalmente se, a rigor, não há nenhuma regra jurídica que possa ser aplicada diretamente para resolvê-lo. É nos casos difíceis que os princípios jurídicos se destacam, e aparecem para resolver a questão conflituosa.

Isso tudo porque os princípios são a base do ordenamento jurídico. São os princípios que orientam o sentido de uma codificação, que fornecem a essência da qual são feitas as leis. Por exemplo, se um dos princípios que orienta uma sociedade é o princípio do “olho por olho, dente por dente”, é mais do que natural que as regras do

ordenamento jurídico desta comunidade estabeleçam, por exemplo, que se alguém tomar para si um bem seu, você terá direito de tomar para si um bem, do mesmo valor, desta pessoa. Ou seja, os princípios são o espelho desta comunidade, o espelho dos valores morais e sociais que estão por trás de todas as regras estabelecidas por aquele povo.

Mesmo em um ordenamento que se possa dizer extremamente positivista, há princípios que orientam esse entendimento, como, por exemplo, um princípio que estabeleça que só é válido aquilo que alguma lei positivada expressamente prevê, e nos termos desta previsão. Tal princípio é a norma máxima desse tipo de ordenamento, de onde este tira a força de suas leis.

A própria noção de “norma fundamental” de Kelsen nos remete ao entendimento de que os princípios têm força normativa. A norma fundamental é o ápice do ordenamento jurídico, a Norma Máxima, a partir da qual todas as outras normas, princípios e regras se originam. Essa “norma fundamental” geralmente é um princípio e, como tal, tem a força de dar normatividade a todas as normas que vem abaixo dela. Costuma-se dizer que a norma fundamental encontra-se na própria Constituição Federal, ou seja, a Carta Magna seria norma fundamental do ordenamento. Na verdade, é preferível dizer, como esclarece Norberto Bobbio, em “Teoria do Ordenamento Jurídico”,

“Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas, essa norma é a norma fundamental. (...) É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dele nasce. Pode ser formulada da seguinte maneira: ‘O poder constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade’, ou: ‘A coletividade é obrigada a obedecer às normas estabelecidas pelo poder constituinte.’”²²

²² BOBBIO, Norberto. *Op cit.* págs. 58-59.

O professor ainda acrescenta:

*“Note-se bem: a norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo.”*²³

Pois bem, a norma fundamental, sob esse raciocínio, nada mais é do que o princípio que dá sentido a todo um conjunto de regras e princípios, e por estas regras e princípios serem derivados da norma fundamental, fica mais uma vez claro a força normativa e o alcance que um princípio pode ter em um determinado ordenamento jurídico.

²³ *Idem. Ibidem.* pág. 59.

2. OS PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

2.1. Introdução

Podemos dizer com bastante tranquilidade que a Constituição Federal Brasileira de 1988 é a Constituição que mais contemplou e consagrou os princípios na história constitucional do nosso país.

A primeira Constituição, a “Constituição Política do Império do Brasil” de 25/03/1824, tratava mais da organização política de um Estado que tinha recém adquirido sua independência e precisava se estruturar em todos os níveis. Um dos princípios que se pode destacar nessa Constituição é o da divisão e harmonia dos poderes políticos, adotado como “princípio conservador do direito dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece” (art. 9º), mas nesse momento havia uma divisão quadripartida dos poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Moderador.

Com a instauração da República, em 24/02/1891, foi promulgada a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”. Aqui, eliminou-se o Poder Moderador, estabelecendo os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário como órgãos da soberania nacional, sendo os mesmos harmônicos e independentes entre si. Entretanto, era uma Constituição formalista, pois não havia vinculação com a realidade do país. Logo o poder central se enfraqueceu, e surgiu o coronelismo, que fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais de organização nacional com a teoria da divisão dos poderes e tudo o mais. A Emenda Constitucional de 1926 não veio prestar, nesse sentido, grande auxílio, pois não conseguiu adequar a Constituição Formal à realidade.

Após a revolução de 1930, sendo Getúlio Vargas o Presidente da República, foi promulgada a segunda “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, em 16/07/1934. Esta mantivera os princípios formais fundamentais da anterior: a república, a federação, a divisão dos poderes (independentes e *coordenados* entre si), o presidencialismo e o regime representativo. Além disso, ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social, e outro sobre a família, a educação e a cultura.

O Estado Novo trouxe a ditadura e, consigo, a “Constituição Dos Estados Unidos do Brasil”, em 10/11/1937. Ampliou-se o poder do Executivo, mas reconheceu e assegurou os direitos à liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo, com a ressalva de que deveriam ser exercidos nos limites do bem público. Na verdade, a Carta de 1937 não teve aplicação regular, pois muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Conforme José Afonso da Silva,

“Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.”²⁴

Mais tarde, com a redemocratização do país, foi promulgada a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, em 18/09/1946. A sua inspiração foram as Cartas de 1891 e 1834, voltando às fontes formais do passado, dando as costas para o futuro, daí porque não tenha conseguido se realizar completamente.

Depois dessa Carta, por conta das instabilidades políticas que assolaram o país, foram instituídos numerosos atos institucionais, que retiraram e feriram muitos dos direitos e garantias constitucionais dos cidadãos.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003. pág. 83.

Mas em 24/01/1967 foi promulgada uma nova Carta política, desta vez menos intervencionista que a anterior, mas, em relação à de 1946, avançada no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos de dívida pública, para fins de reforma agrária. Definiu também mais eficazmente os direitos dos trabalhadores. Porém, esta também durou pouco, pois em 13/12/1968 veio o AI 5, que rompeu com a ordem constitucional, ao qual seguiram mais uma dezena de atos complementares e decretos-leis.

Contudo, em 30/10/1969 surgiu a Emenda Constitucional nº. 1 à Constituição de 1967, que, tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição.

Por fim, a luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito – que começara assim que se instalou o golpe de 1964 e, especialmente, após o AI 5 – conseguiu erguer-se a “Nova República” e promulgar-se a “Constituição Federal” de 1988, um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial.

Sua estrutura compreende nove títulos: (1) dos princípios fundamentais; (2) dos direitos e garantias fundamentais; (3) da organização do Estado; (4) da organização dos poderes; (5) da defesa do Estado e das instituições democráticas; (6) da tributação e do orçamento; (7) da ordem econômica e financeira; (8) da ordem social; (9) das disposições gerais. No final, o Ato das Disposições Transitórias.

Ulysses Guimarães a apelidou de “Constituição Cidadã”, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania. A Constituição Federal de 1988 é a que mais contemplou os direitos e princípios fundamentais, e é a partir dela que analisaremos os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

2.2. Princípios, Objetivos e Fundamentos da Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05/10/1988, abre, em seu Título I, “Dos Princípios Fundamentais”, todo um conjunto de normas que definem e orientam o sentido e os objetivos do nosso País. Ao contrário do que se possa pensar – por conta da denominação que se deu a esse Título I – nessas primeiras linhas da Carta Magna não se trata apenas de princípios fundamentais, mesmo porque ainda há vários princípios importantes espalhados ao longo dos duzentos e cinquenta artigos que a compõem. Nessa primeira parte, a Constituição Federal também estabelece quais são seus objetivos, seus fundamentos e os princípios que regem a própria República Federativa.

O art. 1º estabelece cinco fundamentos da República, fundamentos estes que nada mais são que alguns dos mais importantes princípios fundamentais do nosso ordenamento: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Quanto à soberania, ela é interna e externa. Interna, porque é União, os Estados e os Municípios que estabelecem as normas que regulam nossa sociedade, estabelecendo a harmonia entre os vários aspectos da comunidade. Externa, porque o Estado brasileiro mantém relações internacionais com os demais Estados em pé de igualdade, ou seja, é independente e considera-se no mesmo patamar que as demais Nações, que não podem interferir com assuntos internos do nosso País. Além disso, trata de assegurar a defesa nacional, estabelecer tratados internacionais, etc.

Quanto à cidadania, é do direito do nacional do País de participar de sua vida política, votar, ser eleito, ter sua liberdade assegurada e seus bens resguardados, enfim, fazer parte da Nação e contribuir para seu desenvolvimento, sem que sejam afetada sua liberdade pessoal.

Quanto à dignidade da pessoa humana, esse é um dos princípios fundamentais centrais do nosso ordenamento jurídico. Hoje em dia a preocupação com a proteção dos direitos humanos, do respeito à vida digna é cada vez mais comum, tanto que várias Organizações Não-Governamentais têm sido criadas em prol da defesa desse direito à vida digna. Em relação a esse princípio, trataremos com mais afinco ao decorrer do trabalho.

Quanto aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, significa o respeito aos direitos dos trabalhadores de laborarem em condições favoráveis, com uma relação direta ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a livre iniciativa assegurada e incentivada, para promover o desenvolvimento pessoal e da própria Nação.

Ainda, o parágrafo único desse artigo estabelece que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Aqui, refere-se ao princípio da democracia representativa, mas também ao próprio direito de cidadania, com vistas a um Estado Democrático de Direito.

Em relação aos objetivos fundamentais da República Federativa, o art. 3º estabelece:

“A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Embora esse artigo possa nos parecer um pouco utópico à primeira leitura, deve-se ter em mente que estes são os *objetivos* que a Carta Magna determinou que os governantes do nosso País devem buscar realizar na medida do possível. Esses objetivos são os ideais de uma Nação justa e igualitária, o que de fato é difícil de se

alcançar, contudo são princípios que devem estar sempre resguardados para que as demais normas que regem nossa sociedade possam ser corretamente aplicadas.

O parágrafo 4º da Constituição fecha o Título I tratando dos princípios que regem as relações internacionais da República – sempre assegurando a soberania do nosso Estado. Esses princípios são: a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos (que tem relação direta com o princípio da dignidade humana), a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, e a concessão de asilo político. O parágrafo único deste artigo também determina um objetivo: a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Aqui, pode-se fazer uma referência ao Mercosul.

Pelo exposto, é fácil perceber que esse Título I da Constituição Federal trata mais propriamente dos **princípios político-constitucionais**, que, segundo José Afonso da Silva,

*“Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são (...) ‘normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social’. Manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas princípios, que ‘traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição’”.*²⁵

É a partir do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” - que encontramos a grande maioria dos **princípios jurídico-constitucionais**, que, conforme lição de José Afonso da Silva,

²⁵ *Idem. Ibidem.* pág. 93.

*“São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramento (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluente (sic) de declaração de direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da independência da magistratura, o da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, e os chamados princípios-garantias (o do nullun crimen sine lege e da nulla pena sine lege, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório, entre outros que figuram nos incs. XXXVIII a LX do art. 5º) (...)”.*²⁶

O Capítulo I do Título II é inteiramente composto por apenas um artigo, o art. 5º, que, com seus setenta e sete incisos, arrola os principais direitos individuais e coletivos da sociedade, e pode ser considerado o artigo mais importante da Constituição Federal, no que concerne aos princípios fundamentais brasileiros.

Já o Capítulo II trata dos Direitos Sociais, da proteção do trabalhador e da garantia de desses direitos frente aos empregadores, do art. 6º ao art. 11.

A partir do Capítulo III, que trata da Nacionalidade, vemos garantido o princípio da cidadania e também o princípio da igualdade (por não fazer distinção entre brasileiros natos ou naturalizados).

O Capítulo IV trata dos direitos políticos dos cidadãos brasileiros e o Capítulo V o complementa, tratando da organização dos partidos políticos e, fechando o Título II da Constituição Federal.

É a partir dos princípios elencados nestes dos primeiros Títulos da Constituição Federal que este trabalho se desenvolverá.

²⁶ *Idem. Ibidem.* pág. 93.

2.3. Os Princípios Constitucionais Brasileiros

Em primeiro lugar, vale lembrar que neste capítulo daremos enfoque aos chamados princípios *jurídico-constitucionais*, pois estes são os que dão coerência ao sistema, às demais normas infra-constitucionais, funcionando, primordialmente, como critério de interpretação e integração, mas também possuindo sua própria força normativa, conforme será explicitado em capítulo posterior.

Neste capítulo, trataremos mais precisamente dos mais relevantes direitos individuais fundamentais, que nada mais são que os princípios fundamentais da nossa Constituição.

Em relação aos direitos individuais, José Afonso da Silva, *em seu Curso de Direito Constitucional Positivo*, os classifica da seguinte forma: a) direito à vida; b) direito à intimidade; c) direito à igualdade; d) direito de liberdade; e) direito de propriedade²⁷. Esses são os cinco princípios fundamentais, dos quais decorrerão outras regras e princípios da Constituição e das leis infraconstitucionais.

Quanto ao **direito à vida**: todo ser dotado de vida é indivíduo – o homem, em especial, é mais do que isso, é uma *pessoa*. A vida humana integra-se de elementos materiais – físicos e psíquicos – e imateriais – espirituais. Por ser a própria intimidade, a própria essência de cada ser humano, ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.

Aqui, entre outros, encontra-se o conceito da **dignidade da pessoa humana**. A dignidade da pessoa humana é o valor supremo que inspira o conteúdo de todos os demais princípios e direitos fundamentais do homem. Desde o direito à liberdade, o dever da ordem econômica de assegurar a todos uma existência digna (art. 170 CF/88), o objetivo da ordem social de realização da justiça social (art. 193 CF/88),

²⁷ *Idem. Ibidem.* pág. 193.

até a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205 CF/88), etc.

O direito à vida também se traduz em direito à existência. Tanto é que por ser assegurado o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta da vida, além de considerar legítima a defesa contra qualquer agressão à vida.

Também se trata de direito à integridade físico-corporal, pois o corpo humano é um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. O Código Penal protege o direito à integridade física punindo todo tipo de lesão corporal. Por conta disso também, a proibição expressa à tortura ou tratamento desumano ou degradante, conforme o art. 5º, inc. III da CF/88. Aqui surge a questão do transplante de órgãos humanos. É evidente que se a extração dos órgãos do doador é feita após sua morte, não há violação ao direito à integridade física, pois vida não mais existe. Agora, quanto ao transplante *inter vivos*, a lei só permite a disposição de órgãos do corpo quando se tratar de órgãos duplos (ex. rins), de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco à sua integridade física nem grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental.

Quanto à integridade moral, é o valor ético social da pessoa e da família que a Carta Magna visa a proteger. Isso é mais evidente quando vemos surgirem no Judiciário cada vez mais demandas de indenização por danos morais. A moral individual é o bom nome, a boa fama, a honra, a reputação da pessoa, que integram a vida humana em sua dimensão imaterial. O Código Penal, tendo em conta tal proteção, tutela a honra contra a calúnia, a difamação e a injúria.

Passando à análise do **direito à privacidade**, está é tida como o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob sigilo, ou passar adiante, a pessoas de sua escolha, quando quiser, onde quiser e em que condições

quiser, sem a isso ser obrigado por lei. Seria o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera de sua vida privada.

Compreende o direito à intimidade, a esfera da vida que o indivíduo prefere manter secreta. Aqui, temos o direito à inviolabilidade do domicílio do indivíduo (art. 5º inc. XI), ou seja, o direito à vida doméstica livre de intromissão estranha. Temos, também, o sigilo da correspondência, o segredo profissional como desdobramento do direito à intimidade.

Tratando agora do **direito de igualdade**, podemos dizer que a igualdade, segundo José Afonso da Silva,

“Constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e as distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade.”²⁸

As constituições, de modo geral, só têm reconhecido a igualdade no sentido formal, ou seja, a igualdade perante a lei. O art. 5º, *caput*, da Carta Magna abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Mais adiante, no art. 7º, incisos XXX e XXXI, traz regras de igualdade material, proibindo distinções fundadas em certos fatores: vedam-se a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, entre outras.

A igualdade compreende a igualdade entre homens e mulheres, conforme o inciso I do art. 5º da CF/88, mas valendo as discriminações positivas, feitas pela própria Constituição, sempre em favor da mulher, como, por exemplo, a aposentadoria da mulher com menor tempo de contribuição e de idade (art. 40, §1º, III, *a e b*, e art. 201, §7º, I e II).

²⁸ *Idem. Ibidem.* pág. 210.

Compreende a igualdade jurisdicional, a qual se apresenta sob dois prismas: em primeiro lugar, como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais ao aplicar a lei; em segundo lugar, como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual em situações iguais ou tratamento igual em situações desiguais por parte da Justiça. Aqui, entendemos abrangida a vedação ao juízo de exceção – que caracteriza o princípio do juiz natural –, que estabelece que todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, pré-constituído e competente para a causa.

Por fim, temos a igualdade perante a tributação. A carga dos impostos deve ser distribuída entre os indivíduos de acordo com os benefícios que desfrutam da atividade governamental (segundo a teoria subjetiva da igualdade tributária), ou então, sob outro enfoque, o qual a Constituição Federal de 1988 adotou expressamente em seu art. 145, §1º, de que a carga tributária deve ser distribuída na medida da capacidade econômica dos contribuintes (segundo a teoria objetiva da igualdade tributária).

Em relação ao **direito de liberdade**, este consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. Não significa que não possa haver leis que restrinjam a liberdade de indivíduo, elas somente devem ser normais, legítimas e morais, sem violação à dignidade da pessoa humana. A liberdade é poder fazer o que se deve querer, e não ser constrangido a fazer o que não se deve querer. A Declaração de Direitos de 1789 conceitua a liberdade como poder fazer tudo o que não prejudique a outrem. A lei somente pode proibir as ações que sejam nocivas à sociedade em geral.

Compreende o direito de liberdade da pessoa física, como a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem donas de sua própria vontade e de locomoverem-se sem embaraços dentro do território nacional. Seria a liberdade de ir e vir, a segurança individual e a liberdade de intimidade. O art. 5º, inciso XV da CF/88 contempla expressamente a liberdade de locomoção.

Temos, ainda, a liberdade de pensamento, como o direito de expressar, por qualquer meio, o que se pensa. É a exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. É a liberdade de opinião (adotar a atitude intelectual de sua escolha). Nesse sentido, a Carta Magna prevê no art. 5º, incisos VI e VIII, a liberdade de consciência, de crença religiosa e de convicção filosófica ou política.

Como expressões do direito da liberdade, temos também a liberdade de comunicação, manifestação do pensamento, e de informação; a liberdade de expressão intelectual, artística e científica, e, por fim, a liberdade de ação profissional.

Por fim, passamos à análise do **direito de propriedade**. A Constituição Federal o garante, no inciso XXII de seu art. 5º, desde que a propriedade em questão atenda sua função social (art. 5º, inciso XIII), tanto é que autoriza a desapropriação, com pagamento mediante título, de propriedade que não cumpra sua função social (art. 182, §4º, e 184).

Aqui, compreendem-se o direito à propriedade autoral, à propriedade de inventos e de marcas e patentes e à propriedade-bem de família. Quanto à primeira, asseguram-se os direitos do autor de obra intelectual e cultural, compreendendo direitos morais e patrimoniais sobre sua obra. Quanto à segunda, a lei assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, etc., em seu art. 5º, inciso XXIX. Por fim, a propriedade-bem de família é tutelada, de tal forma que o próprio Código Civil de 2002, em seu art. 1711, estabelece que:

“Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse 1/3 (um terço) do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras da impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.”

Esses são os cinco princípios fundamentais que orientam e dão significado às demais normas do sistema. Possuem sua própria força normativa, de modo que sua violação caracteriza violação direta à Constituição Federal, estando sujeita às penalidades da lei.

No próximo capítulo, passaremos à aplicação prática da teoria da força normativa dos princípios fundamentais, com um exemplo da atual jurisprudência brasileira, e como o caso apresentado poderia ser resolvido com a teoria em questão.

3. APLICAÇÃO PRÁTICA

3.1. Introdução

Tendo em vista que o Brasil é um país histórica e eminentemente legalista, a maioria das decisões tomadas nos tribunais brasileiros está muito mais de acordo com a letra “literal” das leis ordinárias, códigos e consolidações do que preocupada com o cumprimento efetivo da Justiça, de acordo com os princípios, direitos e garantias preconizados pela Constituição Federal. De certa forma, tenta-se manter uma coerência com os ditames constitucionais, mas muitas vezes alguns detalhes são deixados de lado, em nome de uma interpretação literal de artigos de leis infraconstitucionais que se aplicam aos casos em questão.

Por conta disso, atualmente é muito comum encontrarmos no Judiciário várias demandas visando à defesa de princípios e direitos fundamentais que a Constituição garante aos cidadãos.

E é para a proteção desses que a própria Constituição Federal traz instrumentos processuais peculiares, ou seja, ações autônomas constitucionais para a defesa dos preceitos que ela mesma instituiu. Esses instrumentos são: o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção e o *habeas data*. Ainda, para proteger seus dispositivos frente à incompatibilidade com dispositivos de leis e atos infraconstitucionais, a Carta Magna prevê outras ações constitucionais autônomas: a Ação Direta de Constitucionalidade; a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade; a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O *habeas corpus* foi o primeiro remédio adotado pela nossa Constituição de 1891, em termos amplos, mas já restrito pela emenda de 1926 aos moldes atuais, tal

como previsto no inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: deve sempre ser concedido quando alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção. Protege-se o direito de ir e vir, que decorre do próprio direito à liberdade, um dos princípios fundamentais da nossa democracia. É uma ação constitucional penal, utilizada geralmente ou em caráter preventivo, ou em caráter liberatório.

Quanto ao **mandado de segurança**²⁹, regulado pela Lei 1.533/51 e alterado pela Lei 4348/64, está previsto na Constituição em seu art. 5º, inciso LXIX, para proteger direito líquido e certo que não esteja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Ou seja, basicamente, o mandado de segurança serve para tutelar todos os outros direitos que não o de locomoção ou de informação. Por exemplo, se um determinado candidato a juiz estadual preenche todos os requisitos para tomar posse no cargo, após ter passado no concurso com mérito e, mesmo assim, o Presidente do Tribunal de Justiça decide não empossá-lo e chamar o próximo da lista, este candidato pode impetrar um mandado de segurança contra o Presidente do Tribunal de Justiça, pois ele tinha um direito líquido e certo que foi violado por autoridade pública.

O **mandado de injunção** é uma das inovações da Constituição de 1988, inserido no art. 5º, inciso LXXI, com a seguinte redação: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Em outras palavras, o mandado de injunção é uma forma de fazer o controle de constitucionalidade dos atos e das leis infraconstitucionais, porém é um controle concreto e difuso, pois cada pessoa pode entrar com um mandado de injunção sempre que sentir que teve um direito seu lesionado que deveria ter sido

²⁹ Cabe aqui lembrar que a Constituição prevê dois tipos de mandado de segurança: o individual (art. 5º, LXIX) e o coletivo (art. 5º, LXX). Para fins desse estudo, daremos enfoque apenas ao primeiro tipo, por ser o mais antigo entre os dois – previsto desde a Constituição de 1934 – e por ser o mais utilizado.

resguardado pela Constituição. Assim, o mandado de injunção pretende conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora dos direitos e prerrogativas que o impetrante reclama, norma inerte em virtude da ausência de regulamentação. Aqui se enquadra as situações em que a norma constitucional prevê determinada situação, mas termina dizendo: “(...) na forma da lei.”. O conteúdo da decisão será a outorga direta do direito reclamado, mas isso se dará somente ao impetrante, não se estendendo a pessoas que estejam passando pela mesma situação que ele – por isso que o mandado de injunção é uma forma de controle de constitucionalidade concreto e difuso. Para que o direito seja estendido a todos, há o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, através de Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, que será tratada em momento oportuno.

O *habeas data*, regulado pela Lei 9.507/97, e previsto no art. 5º, inciso LXXII da Constituição Federal, visa à proteção da esfera íntima dos indivíduos contra: “(a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual, etc.); (c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei.”³⁰ Além disso, pode-se impetrar tal remédio constitucional para retificar dados, isso quando o impetrante não prefira o fazer por processo sigiloso, já que o direito fundamental que aqui é tocado é o direito à intimidade. Quando o *habeas data* é impetrado para obter informações relativas à pessoa do impetrante, não apenas trata-se do direito à intimidade, mas mais ainda ao direito à informação, este decorrência direta do direito à liberdade do indivíduo.

Mais especificamente, em relação ao controle de constitucionalidade de atos e leis infraconstitucionais, temos basicamente quatro ações autônomas previstas na Constituição. Essas ações também têm como função a defesa dos princípios e direitos fundamentais, pois, ao se assegurar que os dispositivos constitucionais sejam

³⁰ *Idem. Ibidem.* pág. 451.

respeitados, que as leis infraconstitucionais estejam de acordo com esses dispositivos, garante-se a proteção dos princípios e direitos fundamentais.

A Constituição Federal prevê a **Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal** na alínea *a* do inciso I do art. 102 (ao tratar das competências do Supremo Tribunal Federal, “guardião da Constituição”), com a eficácia estabelecida no §2º, e a legitimação conferida a certas autoridades referidas no §4º do art. 103. Essa ação pressupõe uma controvérsia acerca da constitucionalidade de uma lei, cuja constitucionalidade vem sendo questionada em um considerável número de ações. O objetivo é resolver essa controvérsia e declarar a constitucionalidade da referida lei.

Na mesma alínea *a* do inciso I do art. 102, (bem como no inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*) a Constituição Federal prevê a **Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual**. É quando ocorre o que se chama de “inconstitucionalidade por ação”, ou seja, com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Carta Magna. O princípio da supremacia da Constituição exige que haja compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico do país, sendo que as normas inferiores somente serão válidas se forem compatíveis com as normas superiores – as normas da própria Constituição. Logo, por meio de tal ação, pode-se conseguir varrer uma norma que seja incompatível com o sistema, dada a sua inconstitucionalidade.

Por outro lado, pode ocorrer também o que se chama de “inconstitucionalidade por omissão”, e para isso a Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 103, §§ 1º, 2º e 3º, a **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**, a qual pode ser impetrada nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos que sejam necessários para a plena aplicação de normas constitucionais. Contudo, o Poder Judiciário aqui não supre a omissão diretamente, pois não é legislador. Diante de tal omissão, limita-se apenas a dar ciência ao Poder competente para a adoção de providências necessárias – em se tratando de órgão

administrativo, a Constituição cita um prazo de trinta dias para que tais medidas sejam tomadas.

Finalmente, no §1º do art. 102, a Constituição Federal de 1988 traz uma inovação, que, para fins dos nossos estudos, carece de maiores explicações. Esse dispositivo foi inserido pela Emenda Constitucional nº. 3/1993, com a seguinte redação:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo tribunal Federal, na forma da lei.” (grifos nossos).

Então, em 03/12/1999, foi promulgada a Lei nº. 9.882, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal.

Segundo seu art. 1º, esta ação será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Por ser uma ação constitucional distinta das outras ações previstas na Carta Magna, ela possui requisitos específicos para sua admissão. A petição inicial, conforme o art. 3º, *caput*, da Lei nº. 9.882, deverá conter:

*“I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado;
II – a indicação do ato questionado;
III – a prova da violação do preceito fundamental;
IV – o pedido, com suas especificações;
V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.”*

É claro que por “preceitos fundamentais” não se deve entender apenas “princípios fundamentais”, pois a expressão abrange estes e todas as demais

prescrições que dão o sentido básico do sistema, como, por exemplo, os direitos e garantias fundamentais que constam no Título II da Carta Magna.

Em outras palavras, é através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que o Supremo Tribunal Federal pode vir a se tornar uma verdadeira corte constitucional, pois julgará a interpretação das normas de todo o sistema de acordo com a Lei Máxima e aparará as arestas do ordenamento das leis e dos atos normativos que estejam em dissonância com o sentido que pretende a Constituição.

Para o intuito deste trabalho, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a ação constitucional mais adequada, pois pretende proteger diretamente os preceitos basilares da Constituição Federal, mais especificamente seus princípios, direitos e garantias fundamentais. É através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que se pode pleitear ao Judiciário a proteção e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da informação, da intimidade, entre outros, como veremos no caso concreto que será exposto a seguir.

3.2. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54

Em junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS), representada pelo advogado Luiz Roberto Barroso e outros, formalizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, tendo como temas centrais a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto nesta situação. Na petição inicial, a argüente defende que, face aos dispositivos contidos nos art. 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal – Decreto-Lei nº. 2.848, de 07/12/1940 –, interpretados de maneira extremamente legalista, sendo assim ato do poder público causado de lesão, estavam sendo descumpridos e desrespeitados

os seguintes princípios fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988: dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), legalidade, liberdade e autonomia da vontade (art. 5º, II), direito à saúde (arts. 6º e 196).

A argüente expõe em sua inicial, citando a literatura médica, que, quando ocorre anencefalia, a grande maioria dos casos leva à morte intra-uterina, e que, nas poucas vezes em que o feto completa a gestação e nasce, o período de sobrevivência é mínimo e ele vem a falecer minutos depois. Argumenta então a potencialidade de perigo à vida e à saúde da gestante que carrega um feto sem cérebro, considerando o vocábulo saúde no sentido amplo dado pela Organização Mundial da Saúde, que é o maior bem estar físico, moral e psicológico da pessoa. Além disso, sustenta que a dignidade da mulher neste caso é atentada, pois sabe que deverá carregar durante nove meses um feto que sabe que não sobreviverá ao primeiro sopro de ar quando sair de seu ventre, suportando, com sua família e amigos, meses de dor e angústia que poderiam ser evitados se fosse autorizado o parto terapêutico do feto anencéfalo.

Ainda, a argüente pede que sejam suspensos todos os casos em que estejam sendo acusados de aborto – enquadrados em algum dos artigos supra citados do Código Penal Brasileiro – médicos que efetuaram partos terapêuticos de fetos anencéfalos, argumentando que o ato por eles realizado não pode ser qualificado como crime, uma vez que condiz com a proteção dos princípios fundamentais da nossa Constituição.

Por fim, ainda na petição inicial, a argüente traz prova de que não haveria no direito brasileiro outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, evocando acontecimento recente retratado no *habeas corpus* nº. 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. No caso em questão, a gestante requereu a antecipação do parto, que, em 1º grau não conseguiu, mas, em apelação ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conseguiu liminar, concedida pela relatora, desembargadora Giselda Leitão

Teixeira, viabilizando a interrupção da gestação. Mais tarde, tendo sido a liminar suspensa pelo Presidente da Câmara Criminal e, logo depois, restabelecida, foi ajuizado *habeas corpus*. O Superior Tribunal de Justiça decidiu liminarmente por suspender a autorização da interrupção da gestação, o que foi confirmado por decisão do colegiado. Antes que o Supremo Tribunal Federal pudesse julgar o *habeas corpus*, veio a notícia do nascimento do feto e do seu falecimento, sete minutos depois.

Essa foi a prova de que se valeu a argüente para demonstrar a morosidade da Justiça brasileira para resolver essa questão, tão polêmica, caso a caso, e a necessidade de se reavaliar o peso dos preceitos e princípios fundamentais que orientam e dão sentido às demais normas do sistema.

O processo foi distribuído para o Ministro Marco Aurélio, que passou a ser o Relator, em 17/06/2004. A partir de então, várias entidades e associações, fazendo analogia ao art. 7º, § 2º da Lei nº. 9.868/99 (lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; tal artigo estabelece que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades) protocolaram petições para serem inseridas no processo como *amicus curiae*, tais como “Conferência Nacional dos Bispos do Brasil”, “Católicas pelo Direito de Decidir”, “Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família”, “Associação Univida”, “Associação de Desenvolvimento da Família”, “Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos humanos”, entre outras, bem como pessoas físicas. Muitas dessas entidades e pessoas físicas, além de requererem sua inserção no processo, por vezes pediam a extinção do processo sem julgamento do mérito ou então a improcedência do pedido.

O Ministro Relator não admitiu a inserção de nenhuma dessas entidades e pessoas como *amicus curiae*, segundo suas próprias palavras, em despacho proferido em 24/06/2004:

“Petição/STF nº 69.849/2004 DECISÃO AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE. 1. Eis as informações prestadas pela Assessoria: A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como amicus curiae, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias. 2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal. 3. Indefiro o pedido. 4. Publique-se. Brasília, 24 de junho de 2004. Ministro MARCO AURÉLIO Relator”

Em 01/07/2004, de acordo com o disposto no art.5º, § 1º da Lei nº. 9.882/99, entrando o Supremo Tribunal Federal em período de recesso, o Ministro Relator concedeu uma liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno, sobrestando todos os processos e as ações referentes à matéria não transitadas em julgado, e também reconhecendo o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, desde que haja um laudo médico atestando a deformidade que atingiu o feto.

Tal liminar causou grande polêmica em toda sociedade brasileira, e levantou um sério debate sobre o direito à vida e os limites ao aborto, em que circunstâncias seria considerado um crime, qual direito deveria ser tutelado, o da gestante ou o do feto, se o feto era considerado pessoa humana e, como tal, tinha direito à vida e à sua dignidade, etc. Tamanha foi a discussão e a polêmica que mais entidades tentaram intervir no processo, mesmo durante o recesso forense. A briga entre os defensores dos direitos das gestantes e os defensores da família e da gravidez ficou cada vez mais agressiva e acirrada, sendo que os Ministros do Supremo Tribunal

Federal se encontraram com um grande dilema em sua frente, pois a sociedade se dividia e exigia deles uma resposta rápida.

Com o fim do recesso e o reinício dos trabalhos do Supremo, logo em 02/08/2004, o Tribunal, por decisão unânime, decidiu que a apreciação da matéria fosse julgada em definitivo no seu mérito, abrindo-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles. Este, em seu parecer, argumentou que o pleito, como apresentado, não autorizava o recurso à interpretação conforme à Constituição. Requereu a submissão do processo ao Plenário, como questão de ordem, para se definir, preliminarmente, se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seria a ação adequada para o caso em questão. Por fim, citou o disposto no art. 6º, §1º da Lei nº. 9.882/99, para argumentar que o relator tem o dever de fixar data para audiência pública para ouvir as partes argüentes, bem como pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Por conta disso, o Ministro Relator decidiu, em 28/09/2004, ouvir em audiência pública não somente as entidades e pessoas que requisitaram sua inserção no processo (acima citadas), mas também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP.

Em 20/10/2004, foi dada vista aos autos ao Ministro Carlos Britto, e nesta mesma sessão, por proposta do Ministro Eros Grau, o Tribunal passou a deliberar sobre a revogação da liminar concedida pelo Ministro Marcos Aurélio em 01/07/2004. Por maioria, o Tribunal referendou a primeira parte da liminar – no que

diz respeito ao sobrestamento dos processos e das ações ainda não transitadas em julgado –, entretanto, também por maioria, a revogou na segunda parte – em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos.

Já neste ano, em 27/04, prosseguindo no julgamento, o Tribunal, outra vez por maioria, entendeu admissível a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e mandou retornar os autos ao Ministro Relator para examinar se é caso ou não da aplicação do artigo 6º, § 1º da Lei nº. 9.882/1999.

Esse foi, até o presente momento (setembro de 2005), com exceção de algumas entidades requerendo sua inserção no processo e alguns despachos saneadores, o andamento processual da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, que será nosso caso-paradigma para explicar a aplicação da teoria da força normativa dos princípios fundamentais.

3.3. Aplicação Prática ao Caso-Paradigma

É mais do que reconhecida a morosidade da Justiça brasileira. No que ela se presta a ser equitativa, com contraditório, ampla defesa e tudo mais, acaba se tornando lenta, muitas vezes ofendendo princípios fundamentais ou então esgotando o próprio direito pleiteado, como vimos no caso do *habeas corpus* nº. 84.025-6/RJ.

Olhando pela perspectiva da antecipação do parto de um feto anencéfalo, várias questões podem surgir, mas aqui cabe lembrar que esse trabalho não se destina a discutir como deveria se caracterizar o aborto no sistema jurídico brasileiro, pois não devemos adentrar na esfera do direito penal, nem se destina a discutir se e quando o feto adquire personalidade jurídica, pois também não pretendemos adentrar na esfera do direito civil. Este trabalho se propõe a discutir o caso-paradigma pela perspectiva

do direito constitucional, da teoria da força normativa dos princípios constitucionais, se ela pode ser aplicável aqui no Brasil e em que termos.

No caso-paradigma em questão, vemos diante de nós o confronto entre uma legislação atrasada com uma interpretação positivista, e os princípios mais fundamentais que constam da nossa Carta Magna, que devem orientar e dar sentido a todas as normas infraconstitucionais, inclusive a essa legislação retrógrada que é o Código Penal Brasileiro de 1940.

Basicamente, os preceitos fundamentais que estão sendo defendidos pela argüente são:

- a) Em primeiro lugar e principalmente, o **princípio da dignidade da pessoa humana** – art. 1º, inciso III da CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como *fundamentos*: (...) III – *a dignidade da pessoa humana* (...)”;
- b) Em segundo lugar, os **princípios da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade** – art. 5º, inciso II da CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade* nos termos seguintes: (...) II – *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (...)”;
- c) Em terceiro lugar, o **direito à saúde** – art. 6º: “São *direitos sociais* a educação, a *saúde*, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição.”; e art. 196 da CF/88: “*A saúde é direito de todos*

e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (grifos nossos).

São todos esses preceitos princípios basilares da Constituição, regem todo o ordenamento e sem os quais perdem o sentido a maioria das normas e dos atos infraconstitucionais, que deles derivam.

Neste momento, devemos tentar enxergar o caso com os olhos de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, o “Guardião da Constituição”. Está diante de nós um caso polêmico, um embate entre valores distintos, mas, ao mesmo tempo relacionados. Para qualquer lado que se deva pender, provavelmente sempre haverá uma parte da sociedade que protestará e se inclinará contra, mas como Ministro do Supremo Tribunal Federal, devemos atuar em prol da Constituição Federal, em prol da uniformização da jurisprudência nacional, em prol do cumprimento dos preceitos e dos dispositivos da Carta Magna.

A despeito dos princípios evocados acima, o primeiro que temos de levar em considerar, ao julgar essa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, é o direito à vida. Mas, direito à vida de quem? Da gestante? Do feto anencéfalo? É um direito ambíguo, que serve para proteger ambos, pois as vidas de dois seres estão em jogo.

Nessa questão, deve-se pensar sobre o que seria vida. Vida seria simplesmente o nascer e o respirar? Seria simplesmente alguns batimentos cardíacos? Na petição inicial do argüente, por vários documentos, foi demonstrada a chance de vida que um feto anencéfalo possui. A maioria morre ainda dentro do útero, devido à má-formação dos demais órgãos, e os que conseguem nascer, morrem minutos depois, porque não possuem cérebro para comandar as funções mais básicas do viver. Daí

devemos nos perguntar se isso seria vida. Alguns podem dizer que sim. Mas seria vida digna?

Aqui encontramos a violação brusca ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como podemos considerar digno deixar viver uma criatura que irá certamente morrer pouco tempo depois de ter saído do ventre de sua mãe? Isso não é vida digna, ou melhor, isso não é vida que se preze.

O mesmo princípio da vida digna, que vale para o feto anencéfalo, deve ser tutelado à gestante. Que vida digna terá a mulher que carrega em seu ventre, durante longos nove meses, um bebê, que sabe que não irá sobreviver? Um bebê que não verá crescer, estudar, formar-se, casar-se, ter sua própria família? E durante esses longos meses de gestação, a expectativa dos amigos e dos familiares de uma nova vida crescendo dentro dela, que ela sabe que será frustrada? Meses em que ela sentirá seu corpo, sua rotina, sua mentalidade mudar em torno de um filho que não tem perspectiva de vida; meses em que a sociedade lhe indagará se ela terá um menino ou uma menina; meses em que ela passará em frente a lojas de artigos para crianças e saberá que de nada adiantará comprar qualquer coisa para um bebê que não se desenvolverá fora de sua barriga...

Fazer com que esta gestante tenha que passar por essa gravidez perturbada não só é um grave atentado à sua dignidade, como uma ofensa à sua saúde, tanto física, como moral e psicológica. Muitas vezes vemos notícias de mulheres que tiveram filhos perfeitamente saudáveis, mas que, mesmo assim, por um motivo qualquer, entraram em um quadro de depressão pós-parto. Imagine uma mulher que deu à luz a um feto anencéfalo, que tipo de saúde mental lhe restará?

Não permitir que uma mulher possa submeter-se à interrupção da gestação de feto anencéfalo é violar não só seu direito à vida digna, seu direito à saúde, como também seu direito à liberdade e à autonomia da vontade. É impedir que ela

realize, por sua escolha, um ato que acabe com seu sofrimento e impeça um sofrimento ainda maior posterior.

Enquadrar essa antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo como crime de aborto, nos casos dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal Brasileiro, e condenar os médicos que a realizaram por tal ato de humanidade é atentar mais uma vez contra os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autonomia da vontade, entre outros, em prol de uma legislação incoerente com o caso que se discute. Não há aborto nessas situações.

Tecnicamente, conforme Aline Mignon de Almeida,

*“O aborto é a interrupção da gravidez com a morte do feto fruto da concepção antes que chegue à **normalidade**, podendo ocorrer durante todo o processo fisiológico da prenhez, isto é, desde a implantação do ovo no útero até o início do parto”³¹ (grifos nossos).*

Pelo que se denota do conceito, não há que se falar em aborto, pois o feto anencéfalo não é considerado um feto normal, nem nunca irá chegar (pelo menos até onde permitem os avanços atuais da Medicina), à *normalidade*. O feto que não forma cérebro não tem condições de vida, não tem condições de ser um bebê normal, de ter uma vida normal, logo, não há aborto quando há a antecipação terapêutica do parto de um feto anencefálico. Em não havendo aborto, não há crime, logo, o médico que realiza a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos não pode ser condenado por não estar praticando ação tipificada pelo Código Penal.

Portanto, o que temos em tela é um caso em que, dada a constante violação de vários preceitos fundamentais da Constituição, há o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, bem como o provimento da demanda, pelos argumentos acima expostos, pela uniformização da jurisprudência brasileira e correta interpretação e aplicação das normas constitucionais.

³¹ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris LTDA, 2000. pág. 141.

Enfim, deve-se permitir a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, tendo em vista a proteção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autonomia da vontade, e, principalmente, pela proteção do direito à vida e à saúde.

CONCLUSÃO

A análise dos argumentos levantados ao longo deste trabalho nos leva a duas conclusões essenciais. A primeira diz respeito à própria teoria da força normativa dos princípios fundamentais, tal como ilustrada pelo Professor Ronald Dworkin. A segunda remete à aplicação dessa mesma teoria ao direito constitucional brasileiro, de acordo com os ditames da Carta Magna de 1988.

Quanto à força normativa dos princípios fundamentais, podemos notar que, por serem estas normas, tais como as próprias regras jurídicas, porém mais gerais e abstratas, possuem aplicabilidade em casos concretos; em outras palavras, os princípios fundamentais funcionam, tal quais as regras jurídicas, para a solução de casos concretos. Mais ainda, os princípios são importantes quando se tratam de “*hard cases*”, situações em que as regras do ordenamento não oferecem uma resposta clara e objetiva para a solução do problema que o caso demanda. Nessas situações, o juiz deve valer-se dos princípios, que são os valores que dão sentido a todo o sistema e orientam a formação e coerência das demais normas do ordenamento. Podemos dizer que os princípios pairam sobre todas as demais normas, como um espelho em que elas se refletem e se baseiam para manter a coerência, a unidade e a harmonia do sistema.

Enfim, a Professora Vera Karam de Chueiri resume esse entendimento nas seguintes palavras:

“(...) 6. há, além das normas jurídicas, outras pautas de regulação (de condutas) como os princípios, às quais as decisões jurídicas farão sempre referência, na medida em que fazem valer direitos. 7. não há, pois, discricionariedade. 8. a resposta às pretensões jurídicas resulta da coerente interpretação das decisões jurídicas passadas (precedentes), das decisões políticas (legislação) ou ainda da prática social (costume). 9. o juiz, tal qual o escritor-crítico, na medida em que

interpreta a história já escrita, a re-escreve buscando a sua melhor forma: o respeito à integridade.(...).”³²

Em outras palavras, podemos dizer que o juiz não possui discricionariedade nas suas decisões quando tem que resolver um caso difícil, pois ele deve lançar mão dos princípios basilares que fundam todo o sistema normativo do país, especialmente os princípios contidos na Constituição Federal, que dão validade para todas as demais normas jurídicas. O juiz não decide conforme seu bem querer ou conforme seu humor. É certo que cada juiz tem seus valores pessoais e suas próprias convicções, mas como sua função primordial é aplicar o direito e, na medida do possível, alcançar a Justiça, o juiz deve basear suas decisões naquilo que é o direito, seja “direito” tido como regra positivada, como precedente judicial, como costume, ou, finalmente, princípio fundamental.

A segunda conclusão a que chegamos é que essa teoria de princípios e direitos fundamentais de Ronald Dworkin é perfeitamente aplicável no sistema constitucional brasileiro. Esse entendimento é ainda mais reforçado quando lemos a Constituição Federal de 1988, a “Constituição Cidadã”, a que mais fez referências a direitos, princípios e garantias fundamentais dos cidadãos. É uma Constituição dirigente, extensiva, e principiológica, que merece e proclama o respeito a cada um de seus dispositivos.

Alguns podem argumentar que o Professor Ronald Dworkin criou uma teoria que vale apenas para o constitucionalismo norte-americano, tendo em vista as grandes diferenças da jurisprudência da *common law* em relação à jurisprudência da *civil law*. Contudo, a teoria de Dworkin é uma teoria principiológica, e quando tratamos de princípios, tratamos de algo mais universal, mais geral. Tratamos de algo que existe em todo tipo de ordenamento, de qualquer país, seja qual for o sistema adotado por ele.

³² CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM Editora, 1995. págs. 163-164.

Se formos nos apegar ao sentido gramático da palavra princípio e olharmos no dicionário da língua portuguesa, encontraremos o seguinte significado:

*“**prin.cí.pio** sm **1** Começo, início. **2** Razão, base. **3** Preceito, regra.”³³*

Da mesma forma, na língua inglesa, perceberemos que o significado não se altera de modo significativo, e torna-se mais completo para o que se pretende neste trabalho:

*“**princ.ciple** noun **1** [C, usually pl., U] a moral rule or a strong belief that influences your actions. (...). **2** [C] a law, a rule, or a theory that sth is based on (...). **3** [C] a belief that is accepted as a reason for acting or thinking in a particular way (...). **4** [sing] a general or scientific law that explains how sth works or why sth happens (...).”³⁴*

Logo, uma vez que “princípio” é um conceito praticamente universal, que denota o sentido de início, base, berço de regras, é desde já muito simples perceber a aplicabilidade da teoria da força normativa dos princípios aqui no Brasil, não importando a diferença do sistema de regras aqui aplicados. Oras, estamos tratando da aplicação de princípios e não de regras jurídicas positivadas. Se essa fosse uma teoria de regras jurídicas, certamente que haveria um conflito muito grande com qualquer teoria de um constitucionalista da *common law*, pois o sistema da *civil law* tem uma aplicação totalmente diferente, com raízes históricas diversas, que levaram à construção de uma jurisprudência complexa e distinta.

³³ **Melhoramentos minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997. pág. 413.

³⁴ HORNBY, A. S. **Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English**. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 1046. [Esse é um dicionário inglês-inglês, que traz exemplos das palavras pesquisadas em frases do dia-a-dia, que não foram colocadas aqui por não serem convenientes ao estudo em questão. A tradução é: **1** Uma regra moral ou uma forte crença que influencia suas ações. **2** uma lei, uma regra ou uma teoria em que algo é baseado. **3** uma crença que é aceita como uma razão para agir ou pensar de uma forma particular. **4** uma lei geral ou científica que explica como alguma coisa funciona ou como alguma coisa acontece.].

Mas, quando tratamos de princípios fundamentais, tratamos daquilo que existe em todos os ordenamentos jurídicos, como fonte de novas regras jurídicas, ou então como base para a interpretação dessas, ou mesmo como normas para a solução de casos difíceis, que não encontraram respostas nas regras já existentes no sistema.

O que se pretendeu demonstrar com este trabalho é esta última possibilidade: a de que, no Brasil, os princípios, e demais direitos e garantias fundamentais assegurados pela própria Constituição Federal de 1988, podem – e devem – ser utilizados (fugindo, assim, da aplicação mecânica das regras positivadas e da interpretação cega e unilateral das normas infraconstitucionais) como instrumentos para a solução de casos difíceis, os quais demandam a realização da Justiça, não apenas uma Justiça formal, uma aplicação qualquer de regras a casos reais, mas sim uma Justiça material, concreta e palpável, a qual nosso Judiciário tem o dever de promover, tendo em vista o grande número de armas que a Carta Magna lhe disponibilizou para tal.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Aline Mignon. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM Editora, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1972.

HORNBY, A. S. **Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English**. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Melhoramentos minidicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. **Justiça e democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 22. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2003.

TAVARES, André Ramos. ***Tribunal e jurisdição constitucional.*** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.